Deutscher Bundestag **Drucksache 18/11278**

18. Wahlperiode 22.02.2017

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

A. Problem und Ziel

Eltern üben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung zum Wohl des Kindes aus (§ 1627 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB). Ihr Elternrecht ist grundrechtlich geschützt. Sie entscheiden im Rahmen der Personensorge (Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmungsrecht) auch über Unterbringungen ihres Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, und auch über freiheitsentziehende Maßnahmen wie z. B. Fixierungen oder das Anbringen von Bettgittern.

Unterbringungen von Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, unterliegen allerdings gemäß § 1631b BGB der Genehmigung des Familiengerichts. Für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen sieht das Kindschaftsrecht dagegen – anders als das Betreuungsrecht für Volljährige – ein Genehmigungserfordernis nicht vor.

So hat auch der Bundesgerichtshof (BGH) durch Beschluss vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern für die Entscheidung über die Fixierung ihres minderjährigen autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung nach geltendem Recht keiner familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1631b BGB bedürfen. De lege ferenda hat es der BGH dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen“.

B. Lösung

Der Entwurf sieht vor:

1. Durch die Erweiterung des §1631b BGB um einen Absatz 2 wird ein familiengerichtliches Genehmigungserfordernis für freiheitsentziehende Maßnahmen vorgeschlagen. Auf diese Weise soll auch die elterliche Entscheidung für ein Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält und dem durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll,

unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht gestellt werden. Der Entscheidungsprimat der Eltern in Bezug auf die grundsätzliche Anwendung und die Art und Weise von freiheitsentziehenden Maßnahmen bleibt dabei in vollem Umfang erhalten.

2. Die Höchstdauer von freiheitsentziehenden Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen wird auf sechs Monate, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit auf ein Jahr verkürzt. Für beide Genehmigungsverfahren nach § 1631b BGB wird ferner die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vorgesehen.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft. In Krankenhäusern, Heimen und sonstigen Einrichtungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen durchführen, erfolgt bereits jetzt in aller Regel eine entsprechende Dokumentation. Im Übrigen ist durch die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes eine restriktivere Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen zu erwarten.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Keine.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Verwaltung.

F. Weitere Kosten

Der Genehmigungsvorbehalt wird zu zusätzlichen Verfahren bei den Familiengerichten, Oberlandesgerichten und eventuell auch beim Bundesgerichtshof führen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dadurch Mehrkosten für Bund, Länder und Kommunen entstehen, ist nicht zuverlässig abschätzbar. Da es bisher keine Statistik gibt, die ausweisen würde, wie häufig Eltern Entschei-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

dungen über freiheitsentziehende Maßnahmen bei ihren Kindern treffen, ist der künftig zu erwartende personelle und finanzielle Mehraufwand, der den Gerichten bei einer ihrer Kernaufgaben, nicht zuletzt durch die unter Umständen erforderliche Einholung von ärztlichen Zeugnissen und die Fahrtkosten verursachende persönliche Anhörung der Betroffenen (gegebenenfalls auch außerhalb des Gerichts) entsteht, nicht bezifferbar.

Weder die Kinder- und Jugendhilfestatistik noch die Justizstatistik (sowohl hinsichtlich der Verfahren vor dem Familiengericht als auch vor dem Betreuungsgericht) enthalten Anhaltspunkte, die für eine Schätzung der erwarteten Verfahren herangezogen werden könnten. Die statistischen Erfassungen der kindschaftsrechtlichen Unterbringungsverfahren und der betreuungsrechtlichen Genehmigungen für freiheitsentziehende Maßnahmen lassen sich nicht auf die hier in Frage stehenden Genehmigungsverfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern übertragen. Einrichtungen, die solche Maßnahmen anwenden, sind bisher in keiner Erhebung zusammengefasst.

Auch die Neuregelung, der zufolge die freiheitsentziehende Unterbringung und die freiheitsentziehende Maßnahme spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit mit Ablauf von einem Jahr enden, wird im Einzelfall zu einer früheren erneuten Befassung der Gerichte führen. Auch der Aufwand hierfür, einschließlich desjenigen durch die Einholung von Gutachten und ärztlichen Zeugnissen und die Anhörung der Betroffenen, ist mangels statistischer Daten nicht bezifferbar.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan 07 ausgeglichen werden.

Das Gesetz führt nicht zu nennenswert höherem Aufwand für Bürgerinnen und Bürger. Für das hier in Rede stehende Verfahren vor dem Familiengericht werden grundsätzlich keine Gerichtskosten erhoben. Lediglich in seltenen Ausnahmefällen, in denen einem Verfahrensbeteiligten die Kosten auferlegt worden sind, können die an den Verfahrensbeistand zu zahlenden Beträge in Rechnung gestellt werden.

Auswirkungen dieses Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten, da die Regelung lediglich familienrechtliche Verfahren betrifft.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 22. Februar 2017

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1 NKRG ist als Anlage 2 beigefügt.

Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates ist als Anlage 3 beigefügt.

Der Bundesrat hat in seiner 953. Sitzung am 10. Februar 2017 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 4 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 5 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

Vom...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

§ 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 1631b

Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen“.

2. Der Wortlaut wird Absatz 1 und in Satz 2 wird das Wort „wenn“ durch das Wort „solange“ ersetzt.

3. Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Die Genehmigung des Familiengerichts ist auch erforderlich, wenn dem Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht werden der Angabe zu § 167 die Wörter „und bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen“ angefügt.

2. § 151 Nummer 6 wird wie folgt gefasst:

„6. die Genehmigung von freiheitsentziehender Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs, auch in Verbindung mit den §§ 1800 und 1915 des Bürgerlichen Gesetzbuchs,“.

3. § 167 wird wie folgt geändert:

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

a) Der Überschrift werden die Wörter „und bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen“ angefügt.

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) In Verfahren nach § 151 Nummer 6 sind die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 1 und 2, in Verfahren nach § 151 Nummer 7 die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 3 geltenden Vorschriften anzuwenden. An die Stelle des Verfahrenspflegers tritt der Verfahrensbeistand. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist stets erforderlich.“

c) Dem Absatz 6 wird folgender Satz angefügt:

„In Verfahren der Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen genügt ein ärztliches Zeugnis; Satz 1 gilt entsprechend.“

d) Folgender Absatz 7 wird angefügt:

„(7) Die freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen enden spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von einem Jahr, wenn sie nicht vorher verlängert werden.“

Artikel 3

Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen

Die Anlage 1 (Kostenverzeichnis) zum Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2666), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Vorbemerkung 1.3.1 Absatz 1 Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. ein Verfahren, das eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen oder eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen betrifft (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG), und“.

2. In der Anmerkung zu Nummer 1410 werden die Wörter „die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen betreffen“ durch die Wörter „eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen oder eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen betreffen (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG)“ ersetzt.

3. In Vorbemerkung 2 Absatz 3 Satz 2 werden nach den Wörtern „keine Auslagen erhoben“ das Komma und die Wörter „für die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen“ durch ein Semikolon und die Wörter „für eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen und eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG)“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 42 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen“ ersetzt.

2. In § 51 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen“ ersetzt.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

3. In Anlage 1 (Vergütungsverzeichnis) Nummer 6300 der werden im Gebührentatbestand die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über eine freiheitsentziehende Unterbringung oder eine freiheitsentziehende Maßnahme“ ersetzt.

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am … [einsetzen: Datum des ersten Tages des dritten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] nach der Verkündung in Kraft.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Während Unterbringungen bei Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, gemäß § 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) der Genehmigung des Familiengerichts unterliegen, entscheiden bisher und auch zukünftig über freiheitsbeschränkende Maßnahmen bei Minderjährigen wie z. B. Fixierungen oder Bettgitter allein die Eltern. Solche Maßnahmen werden in der familien- und betreuungsrechtlichen Fachwelt zumeist als „unterbringungsähnliche Maßnahmen mit freiheitsentziehender Wirkung“ oder schlicht als „freiheitsentziehende Maßnahmen“ bezeichnet. Des Begriffs „freiheitsentziehende Maßnahme“ bedient sich auch der Entwurf. Er wahrt damit den terminologischen Gleichlauf zum Betreuungs- und Betreuungsverfahrensrecht. Ein Rekurrieren auf den Begriff „freiheitsbeschränkende“ Maßnahmen ist nicht angezeigt, da auch solche Maßnahmen zu einer nicht überwindbaren Behinderung der Bewegungsfreiheit führen und damit letztlich zu ihrem Entzug.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern eines minderjährigen Kindes für die Entscheidung über die Fixierung ihres autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Er ist dabei ersichtlich davon ausgegangen, dass der verfassungsrechtliche Richtervorbehalt des Artikels 104 Absatz 2 des Grundgesetzes (GG) auf diese Fallkonstellation keine Anwendung findet, weil die Freiheitsentziehung nicht aufgrund staatlichen Hoheitsakts, sondern in Ausübung des durch Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG geschützten Elternrechts erfolgt. Der BGH hielt aber auch die betreuungsrechtliche Vorschrift des § 1906 Absatz 4 BGB mangels planwidriger Regelungslücke auf Minderjährige nicht für entsprechend anwendbar. Deshalb hat es der BGH dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.“

Mit den Regelungen trägt der Gesetzgeber einer mehrpoligen Grundrechtssituation Rechnung. Auf Seiten des Kindes sind zum einen die grundrechtlich geschützten Interessen berührt, die mit der freiheitsentziehenden Maßnahme gewahrt werden sollen (körperliche Unversehrtheit, ggf. sogar Leben, Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG). Zum anderen ist das Freiheitsgrundrecht des Kindes aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG betroffen. Andererseits greift der Genehmigungsvorbehalt in das Elterngrundrecht (Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG) ein.

Dieser Eingriff ist aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG steht unter dem Vorbehalt, dass seine Ausübung dem Kindeswohl dient. Wird das Kindeswohl gefährdet, sind Eingriffe durch das Wächteramt des Staates nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG gerechtfertigt.

Die Erforderlichkeit eines Genehmigungsvorbehalts ist zu bejahen. Freiheitsentziehende Maßnahmen können nämlich mindestens ebenso schwerwiegend und belastend sein wie eine gemäß § 1631b BGB genehmigungspflichtige freiheitsentziehende Unterbringung. Der Entwurf schlägt vor, solche Maßnahmen daher ebenfalls der Kontrolle des Familiengerichts zu unterstellen. Durch die vorgeschlagene Einführung eines Genehmigungstatbestandes für freiheitsentziehende Maßnahmen auch jenseits der freiheitsentziehenden Unterbringung wird ein Gleichlauf des Kindesschutzes und des Erwachsenenschutzes gewährleistet, da im Betreuungsrecht gemäß § 1906 Absatz 4 BGB bereits heute ein Genehmigungserfordernis besteht. Der Vorschlag sorgt auch für Rechtssicherheit, nachdem die bisherige Rechtslage in der Praxis von Krankenhäusern und Heimen oftmals als unklar und unbefriedigend empfunden worden ist.

Durch das bereits bestehende Kontrollsystem der Heimaufsicht (§§ 45 ff. des Achten Buches Sozialgesetzbuch – SGB VIII) wird dem hier gegebenen gesetzgeberischen Handlungsbedarf nicht Rechnung getragen. Im Unterschied zur Notwendigkeit einer Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung und zur laufenden Kontrolle im Rahmen der Aufsichtsbefugnisse der zuständigen Behörde mit Überprüfungs- und Eingriffsmöglichkeiten der Behörde sowie Beteiligungs- und Beschwerderechten der Betroffenen, die eine präventive Kontrolle von Ein-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

richtungen gewährleisten, geht es hier um Maßnahmen zur Sicherung des Wohles des einzelnen Kindes. Die Heimaufsicht dient der abstrakten Gefahrenabwehr ohne konkreten Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen, Bedürfnisse und Diagnosen des einzelnen Kindes. Aufgrund des gänzlich anderen Ansatzes kann daher die Heimaufsicht allein keinen umfassenden Kindesschutz gewährleisten und macht familienrechtliche Maßnahmen auch nicht entbehrlich.

Das Erfordernis der richterlichen Genehmigung nach dem neuen § 1631b Absatz 2 BGB ist wie im geltenden § 1631b BGB auch eine angemessene Beschränkung des Elternrechts. In beiden Fällen wird der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes im Hinblick auf Freiheitsentziehungen Rechnung getragen. Die Genehmigung ist jeweils an das Kindeswohl geknüpft, d.h. nur wenn die Freiheitsentziehung nicht dem Kindeswohl entspricht, kann das Gericht eine Genehmigung ablehnen. In allen übrigen Fällen ist dem Elternwunsch zu entsprechen.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Die vorgeschlagene Erweiterung des § 1631b BGB um einen Absatz 2 stellt künftig auch die elterliche Entscheidung, einem Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit zu entziehen, zum Schutz des betroffenen Kindes unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht. Mit dem Regelungsvorschlag bleibt es dabei, dass die Befugnis zur Entscheidung über den Einsatz freiheitsentziehender Maßnahmen und die Art und Weise ihrer Anwendung bei ihrem Kind weiterhin den Eltern im Rahmen ihrer Personensorge zusteht. Lehnen die Eltern eine Maßnahme ab, darf diese von der Einrichtung nicht durchgeführt werden, und das Familiengericht wird auch gar nicht mit einem Genehmigungsverfahren befasst. Nur wenn sie sich für eine freiheitsentziehende Maßnahme bei ihrem Kind entscheiden wollen, muss diese zusätzlich durch das Familiengericht genehmigt werden. Auch dann tritt das Familiengericht aber nicht an die Stelle der Eltern, sondern nur zusätzlich neben sie.

Der Genehmigungstatbestand soll sowohl für Minderjährige gelten, die bereits mit Genehmigung des Gerichts gemäß § 1631b BGB freiheitsentziehend untergebracht sind, als auch für solche, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind, denn das Schutzbedürfnis ist dasselbe. Dies entspricht auch der Rechtslage im Betreuungsrecht: Zwar nimmt § 1906 Absatz 4 BGB ausdrücklich auf Betreute Bezug, die sich in Einrichtungen aufhalten, „ohne untergebracht zu sein“, der BGH nimmt aber in ständiger Rechtsprechung eine Genehmigungspflicht für beide Fälle an (BGH FamRZ 2015, 1707 ff., FamRZ 2012, 1866, FamRZ 2010, 1726 m. w. N.).

Über die §§ 1800 und 1915 BGB gilt § 1631b BGB für den Vormund und den Pfleger entsprechend. Das Schutzbedürfnis des Kindes ist bei allen gesetzlichen Vertretern dasselbe. Bei einem Vormund oder Pfleger drängt sich die Notwendigkeit einer Genehmigungspflicht sogar noch mehr auf, weil er im Hinblick auf das Näheverhältnis zum Kind eher einem Betreuer ähnelt als einem sorgeberechtigten Elternteil.

Der neue Genehmigungstatbestand wird ergänzt um notwendige verfahrensrechtliche Anpassungen. Diese betreffen die Einbeziehung des neuen Genehmigungsverfahrens in die Bestimmung als Kindschaftssache in § 151 Nummer 6 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) und die Präzisierung der Verweisungen auf die unterbringungsrechtlichen Verfahrensvorschriften (§§ 312 ff. FamFG) in § 167 Absatz 1 FamFG. Für diese Verfahren wird die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vorgesehen.

Der Entwurf sieht daneben eine im Vergleich zu Volljährigen kürzere Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger und der freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen vor.

III. Alternativen

Keine.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (das bürgerliche Recht, das gerichtliche Verfahren, die Rechtsanwaltschaft).

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen vereinbar.

Insbesondere werden mit dem Entwurf Ziele des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention) (BGBl. 2008 II S. 1419, 1420) aufgegriffen. Der neue Genehmigungstatbestand in § 1631b Absatz 2 BGB und die mit ihm intendierte Überprüfung von freiheitsentziehenden Maßnahmen durch eine unabhängige Instanz dient insbesondere auch dem Wohl bzw. dem Schutz von Kindern mit Behinderungen. So geht es um die Achtung ihrer körperlichen und seelischen Unversehrtheit in Abwägung mit dem Nutzen des Einsatzes freiheitsentziehender Maßnahmen im Einzelfall im Sinne einer fachgerechten Betreuung und damit letztlich Gewährleistung des Wohlergehens (insbesondere Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung) des in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung befindlichen behinderten Kindes (siehe dazu im Weiteren auch Ausführungen im Besonderen Teil der Begründung zu Artikel 1).

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Der Entwurf führt nicht zu einer Rechts- und Verwaltungsvereinfachung.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Denn er ist geeignet, den sozialen Zusammenhalt im Sinne der Managementregel Nummer 9 der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie zu stärken. Das ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn ein Entwurf darauf abzielt, potentielle Schutzlücken für Hilfsbedürftige dadurch zu schließen, dass der Staat in die Lage versetzt werden soll, seiner Wächterfunktion nachkommen zu können. Gleiches gilt, wenn durch einen Entwurf Rechtssicherheit und Rechtsfrieden gestärkt werden sollen.

Nach diesen Grundsätzen ist die Einführung eines Genehmigungsvorbehalts bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen auch nachhaltigkeitspolitisch zu bejahen. Freiheitsentziehende Maßnahmen können nämlich mindestens ebenso schwerwiegend und belastend wie eine gemäß § 1631b BGB bereits jetzt genehmigungspflichtige freiheitsentziehende Unterbringung sein. Der Entwurf schlägt daher vor, solche Maßnahmen ebenfalls der Kontrolle durch das Familiengericht zu überantworten. Hierdurch wird zudem ein Gleichlauf des Kindesschutzes mit dem Erwachsenenschutz erreicht, denn im Betreuungsrecht besteht gemäß § 1906 Absatz 4 BGB bereits heute ein entsprechendes Genehmigungserfordernis. Darüber hinaus ist der Entwurf auch dazu geeignet, Rechtssicherheit und damit Rechtsfrieden zu erhöhen, nachdem die bisherige Rechtslage in der Praxis von Krankenhäusern und Heimen oftmals als unklar und unbefriedigend empfunden worden ist.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand entstehen nicht.

4. Erfüllungsaufwand

Zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht nicht. Das Gesetz hat insbesondere keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft. Die betroffenen Einrichtungen, insbesondere Kliniken und Heime, die Minderjährige behandeln oder betreuen, bei denen freiheitsentziehende Maßnahmen angewendet werden, dokumentieren dies bereits jetzt in aller Regel aufgrund eigener Standards. Im Übrigen ist durch die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes eine restriktivere Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen zu erwarten.

5. Weitere Kosten

Der Genehmigungsvorbehalt wird zu zusätzlichen Verfahren bei den Familiengerichten, Oberlandesgerichten und eventuell auch beim Bundesgerichtshof führen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dadurch Mehr-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

kosten für Bund, Länder und Kommunen entstehen, ist nicht zuverlässig abschätzbar. Da es bisher keine Statistik gibt, die ausweist, wie häufig Eltern Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen bei ihren Kindern treffen, ist der künftig zu erwartende personelle und finanzielle Mehraufwand, der den Gerichten bei ihrer Kernaufgabe, nicht zuletzt durch die Einholung von ärztlichen Zeugnissen und die Anhörung der Betroffenen entsteht, nicht bezifferbar und auch nicht zuverlässig schätzbar.

Die Kinder- und Jugendhilfestatistik kann insoweit nicht herangezogen werden; sie bildet vor allem Förder- und Beratungsangebote sowie Hilfeleistungen der Kinder- und Jugend-hilfe ab. Einrichtungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen anwenden, werden dagegen nicht gezählt.

Die im Rahmen der Justizstatistik zusammengetragenen Daten über Verfahren vor dem Familiengericht bieten ebenfalls keine Anhaltspunkte, da das Genehmigungsverfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen aufgrund seines Bezugs auf die Freiheitsrechte des Minderjährigen ganz wesentlich von anderen Verfahrensarten vor dem Familiengericht abweicht. So bietet insbesondere die Anzahl der Verfahren über Kindeswohlgefährdungen gemäß § 1666 BGB, deren Gegenstand von Verletzungen der Schulpflicht über Vernachlässigung bis hin zu sexuellem Missbrauch reichen kann, keine vergleichbare Grundlage. Zwar werden bisher die Verfahren vor dem Familiengericht über freiheitsentziehende Unterbringungen statistisch erfasst (im Jahre 2014: 13 662 Verfahren, ohne einstweilige Anordnungsverfahren 6 212 Verfahren, vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.2), nicht jedoch der Ausgang des Verfahrens, also die erteilten Genehmigungen. Diese Zahlen lassen außerdem auch keinen Rückschluss auf den Einsatz freiheitsentziehender Maßnahmen im Rahmen der genehmigten Unterbringungen und außerhalb solcher Unterbringungen in offenen Einrichtungen zu. Auch eine Heranziehung der Anzahl der statistisch erfassten Genehmigungsverfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungsrecht erlaubt keine Konkretisierung, da die Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Insbesondere bei älteren Betroffenen mit Demenzerkrankungen werden in zahlreichen Fällen Bettgitter genehmigt, während bei der Fallgruppe der Kinder und Jugendlichen unterschiedlichste Diagnosen Anlass geben für den Einsatz ganz unterschiedlicher Mittel zur Freiheitsentziehung. Erfahrungswerte aus der Betreuungsstatistik des Bundesamtes für Justiz (abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/ SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Betreuungsverfahren.pdf), wonach die Anzahl der Genehmigungsverfahren nach § 1906 Absatz 1 und 2 BGB (2015: 56 646 Genehmigungen, 2 346 Ablehnungen) und nach § 1906 Absatz 4 BGB (2015: 59 945 Genehmigungen, 6 544 Ablehnungen) ungefähr gleich hoch ist, lassen sich vor diesem Hintergrund nicht auf Kinder und Jugendliche übertragen. Ob freiheitsentziehende Maßnahmen zum Einsatz kommen (müssen), ist darüber hinaus – abgesehen von der Erforderlichkeit, die individuell je nach Krankheitsbild oder Behinderung variiert – auch von der Haltung des Trägers und den Behandlungs-, Betreuungs- und Erziehungskonzepten der Einrichtungen abhängig, so dass die Anzahl der Fälle, in denen freiheitsentziehende Maßnahmen zur Anwendung gelangen, von Einrichtung zu Einrichtung stark schwanken kann.

Auch die Neuregelung, der zufolge die freiheitsentziehende Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, in Ausnahmefällen mit Ablauf von einem Jahr endet, wird im Einzelfall zur Erwirkung einer Verlängerung zu einer erneuten Befassung der Gerichte führen. Auch der Aufwand hierfür, einschließlich desjenigen durch die Einholung von Gutachten und die Anhörung der Betroffenen, ist mangels statistischer Daten nicht bezifferbar.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan 07 ausgeglichen werden.

Da für das familiengerichtliche Verfahren grundsätzlich keine Gerichtsgebühren und -auslagen erhoben werden, entstehen auch für die Beteiligten keine nennenswert höheren Kosten. Lediglich in seltenen Ausnahmefällen, in denen einem Verfahrensbeteiligten die Kosten auferlegt worden sind, können die an den Verfahrensbeistand zu zahlenden Beträge in Rechnung gestellt werden.

Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveaus sind nicht zu erwarten.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Der Entwurf hat keine Gleichstellungsrelevanz. Verbraucherpolitische und demografische Auswirkungen sind ebenfalls nicht ersichtlich.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

VII. Befristung und Evaluierung

Eine Befristung und eine Evaluierung sind nicht vorgesehen. Den Landesjustizverwaltungen soll eine gesonderte Erfassung der Verfahren in der Justizstatistik vorgeschlagen werden, damit ein etwaiger Evaluationsbedarf geprüft werden kann.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Eltern üben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung zum Wohl des Kindes aus (§ 1627 BGB). Ihr Elternrecht ist grundrechtlich geschützt. Sie entscheiden in Ausübung ihrer Gesundheitsfürsorge und ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts im Rahmen der Personensorge auch über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen für ihr Kind.

Aufgrund einer Entscheidung des gesetzlichen Vertreters, in der Regel der Eltern, veranlasste Unterbringungen bei Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, unterliegen gemäß § 1631b BGB bereits der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwehr einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.

Dabei verwendet das BGB sowohl im Kindschaftsrecht (vgl. Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 146) als auch im Betreuungsrecht einen engen Begriff der freiheitsentziehenden Unterbringung. Eine freiheitsentziehende Unterbringung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Betroffene gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird (enger Unterbringungsbegriff, vgl. BGH FamRZ 2001, 149 zum Betreuungsrecht).

Für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen sieht das Kindschaftsrecht dagegen – anders als das Betreuungsrecht für Erwachsene – ein solches Genehmigungserfordernis nicht vor. Freiheitsentziehende Maßnahmen sind solche, die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig dem Betroffenen die Bewegungsfreiheit durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise entziehen. Hierunter können nach allgemeinem Verständnis z. B. das Festhalten, Fixierungen, Sedierungen, der Einsatz von Therapietischen, Bettgittern, Gurten, Schutzanzügen, der Einschluss in sogenannten Time-Out-Räumen, mithin dem Abbau von Aggressionen dienenden, jegliche Verstärkerreize vermeidenden Schutzräumen, etc. fallen. Nach Auffassung des BGH kann auch das regelmäßige Verschließen der Eingangstür während der Nacht eine unterbringungsähnliche Maßnahme darstellen, wenn es bis zu 30 Minuten dauert, bis eine Pflegekraft die Tür öffnet (BGH FamRZ 2015, 567 ff.). Freiheitsentziehende Maßnahmen werden sowohl in kinder- und jugendpsychiatrischen Kliniken als auch in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Behindertenhilfe in vielfältiger Art und Weise eingesetzt. Häufig werden sie von den Betroffenen als wesentlich einschneidender empfunden als etwa der Umstand, dass sie sich auf einer geschlossenen Station befinden, da dies die eigene Bewegungsfreiheit, erst recht auf einer weitläufigen Station, weitaus weniger beeinträchtigt als etwa eine Fixierung.

Der BGH hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern eines minderjährigen Kindes für die Entscheidung über die Fixierung ihres autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Insbesondere sei die betreuungsrechtliche Vorschrift des § 1906 Absatz 4 BGB mangels planwidriger Regelungslücke auf Minderjährige nicht entsprechend anwendbar. In der Tat stellt sich bei Kindern die Unterbringung als Teil der Ausübung der elterlichen Sorge dar und ist die Situation eines Minderjährigen kindschaftsrechtlich nicht vergleichbar mit der eines Betreuten, da Eltern anders als Betreuer nicht aufgrund staatlicher Bestellung, sondern in Ausübung ihres Elternrechts handeln. Ihre primäre Entscheidungszuständigkeit beinhaltet auch, dass sie diejenigen sind, die vorrangig berufen sind, etwaige Gefährdungen von ihren Kindern abzuwenden, und dass der Staat nur in engen Grenzen in das Elternrecht eingreifen darf.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Allerdings ist diese Rechtslage vielfach kritisiert worden. Im Hinblick auf die erhebliche Grundrechtsrelevanz, die ein solcher Eingriff in die Freiheit der Person hat, sei eine Genehmigungsfreiheit solcher Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen nicht hinnehmbar. Fixiert zu werden wird oftmals als einschneidender erlebt als die Unterbringung etwa auf einer geschlossenen Station. Die Überprüfung einer solch einschneidenden Maßnahme durch eine unabhängige Instanz entlastet Eltern, die die Verantwortung für solche äußerst belastenden Entscheidungen bisher allein getragen haben, und hilft ihnen, die Interessen ihres Kindes jeweils am besten wahrzunehmen. In der Fachliteratur und von kinder- und jugendpsychiatrischen Verbänden wird daher zum Teil schon seit Längerem die gesetzliche Regelung einer Genehmigungspflicht gefordert.

In jüngster Zeit hat diese Debatte durch verschiedene Berichte über unhaltbare Zustände in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und Einrichtungen für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen verstärkt neue Nahrung erhalten.

Im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz durchgeführte Expertenanhörungen mit Juristen und Kinder- und Jugendpsychiatern haben bestätigt, dass der gegenwärtige Rechtszustand unbefriedigend ist.

Die Eltern befinden sich bei der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen häufig in einer besonderen Belastungssituation. Nicht selten ist die Eltern-Kind-Beziehung Teil der Probleme des Kindes. Hinzu kommt, dass insbesondere Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe sowie der Behindertenhilfe die Aufnahme von „schwierigen“ Jugendlichen zum Teil ablehnen, wenn die Eltern nicht generell in freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligen. Wollen Eltern, die oftmals mit ihrem Kind überfordert sind, dieses also in eine solche Einrichtung geben, sehen sie sich dem „Zwang zur Unterschrift“ ausgesetzt. Sie können sich mithin in einem erheblichen Interessenkonflikt befinden, weil sie einerseits die Grundrechte ihres Kindes schützen sollen und andererseits erreichen möchten, dass ihr Kind behandelt beziehungsweise fachgerecht betreut wird. In dieser Situation werden oftmals pauschal weitreichende Vollmachten beziehungsweise Einwilligungen erteilt, deren Ausübung im Einzelfall von den Eltern nicht kontrolliert und hinterfragt wird oder nicht werden kann. Eltern geraten in solchen Situationen unter Druck, und es besteht die Gefahr, dass sie die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen auch erteilen, wo solche vermieden werden könnten.

In den Einrichtungen fehlt es dagegen zum Teil am Wissen des Personals um die Bedeutung von Freiheitsentziehungen und die Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung. Gerade Kinder mit geistigen und seelischen (Mehrfach-)Behinderungen werden im Einzelfall in unter Umständen gut gemeinter pädagogischer Absicht oder aber aus Personalmangel Maßnahmen ausgesetzt, ohne dass deren freiheitentziehender Charakter den Handelnden bewusst ist.

Berücksichtigt werden muss auch, dass die auf das verfassungsrechtliche Elternrecht und die besonders enge Nähebeziehung der Eltern zum Kind abstellende Argumentation des BGH nicht zutrifft, wenn ein Pfleger oder Vormund gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Während Eltern in Ausübung ihres Elterngrundrechts handeln und nicht nur die rechtliche, sondern auch die persönliche Verantwortung für ihre Kinder tragen (vgl. BVerfG NJW 2010, 2333), ist die Stellung des Pflegers oder Vormunds tendenziell eher mit der eines Betreuers vergleichbar, denn diese handeln aufgrund staatlicher Bestellung. Der Schutz der Betroffenen kann in beiden Fällen durch die Einführung eines Genehmigungstatbestandes und die damit verbundene Überprüfung der freiheitsentziehenden Maßnahmen durch eine unabhängige Instanz besser gewährleistet werden.

Zu Nummer 1

Die geänderte Überschrift des § 1631b BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vorschrift künftig auch einen Genehmigungsvorbehalt für freiheitsentziehende Maßnahmen enthält. Begrifflich lehnt sich die Wortwahl an die im Betreuungsrecht bereits etablierte Terminologie an.

Zu Nummer 2

Insoweit handelt es sich im Wesentlichen um eine Folgeänderung, die dadurch bedingt ist, dass § 1631b BGB durch einen Absatz 2 ergänzt wird. Lediglich der zweite Teil der Neuregelung enthält eine inhaltliche Änderung, indem das Wort „wenn“ durch das Wort „solange“ im bisherigen Wortlaut des § 1631b Satz 2 BGB ersetzt wird. Diese Ersetzung gleicht den Wortlaut des § 1631b dem Betreuungsrecht (§ 1906 Absatz 1) an. Die Hervorhebung des zeitlichen Aspektes bei den Voraussetzungen der freiheitsentziehenden Unterbringung stellt in den Vordergrund, dass diese auch in zeitlicher Hinsicht engen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegt

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

und unzulässig wird, sobald sie zum Wohl des Kindes nicht mehr erforderlich ist oder sobald der Gefahr für das Kind auf andere Weise begegnet werden kann.

Zu Nummer 3

Der neue § 1631b Absatz 2 BGB stellt nunmehr ein Genehmigungserfordernis für freiheitsentziehende Maßnahmen auf, da sie für den betroffenen Minderjährigen regelmäßig von besonderer Grundrechtsrelevanz sind. Zur Einholung der familiengerichtlichen Genehmigung zu der elterlichen Entscheidung bedarf es wie bei der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger keines förmlichen Antrages. Das Verfahren vor dem Familiengericht wird von Amts wegen eingeleitet, in der Regel aufgrund einer Anregung der Eltern oder der Einrichtung (§ 24 Absatz 1 FamFG). Das FamFG trägt auf diese Weise dem Fürsorgecharakter solcher Verfahren in besonderer Weise Rechnung. Ein Genehmigungsverfahren, das durch förmlichen Antrag der Eltern oder der Einrichtung eingeleitet würde, würde die Frage einer gerichtlichen Genehmigung demgegenüber in das Belieben des Antragstellers stellen, so dass die Gefahr bestünde, dass dem betroffenen Kind oder Jugendlichen womöglich in einer Situation, in der eine gerichtliche Überprüfung besonders dringend angezeigt wäre, mangels förmlichen Antrags der erforderliche Schutz versagt bliebe.

Der gesetzliche Vertreter, in der Regel also die Eltern, muss zu erkennen geben, dass er die Genehmigung der freiheitsentziehenden Maßnahme wünscht, denn das Familiengericht genehmigt lediglich die von ihm gewünschte freiheitsentziehende Maßnahme. Die Entscheidungsbefugnis liegt also weiterhin beim gesetzlichen Vertreter, insbesondere bei den Eltern. Lehnen sie von Anfang an oder im Laufe des Verfahrens eine freiheitsentziehende Maßnahme für ihr Kind ab, fehlt es an einer Entscheidungsgrundlage für das Familiengericht. Eine Genehmigung kann dann nicht erteilt werden. Nur wenn sie sich für eine freiheitsentziehende Maßnahme bei ihrem Kind entscheiden wollen, muss diese zusätzlich durch das Familiengericht genehmigt werden. Auch dann tritt das Familiengericht aber nicht an die Stelle der Eltern, sondern nur zusätzlich neben sie. Im Ergebnis ist damit sichergestellt, dass fortan eine unabhängige Instanz vor der Erstanwendung einer solchen Maßnahme und sodann in regelmäßigen Abständen prüft, ob sie gerechtfertigt ist. Die Vorschrift leistet durch diese Kontrolle mithin einen Beitrag zur Grundrechtssicherung durch Verfahren.

Die neue Vorschrift sieht entsprechend § 1906 Absatz 4 BGB vor, dass das Genehmigungserfordernis nur gilt, wenn die elterliche Entscheidung für ein Kind getroffen wird, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält. Es gilt daher insbesondere dann nicht, wenn sich das Kind im elterlichen Haushalt aufhält. Dort haben die Eltern selbst die Kontrollmöglichkeit, anders als wenn sich das Kind in einer Einrichtung befindet und die Eltern die Kontrollmöglichkeit abgeben müssen. Ein Genehmigungstatbestand wäre zudem in solchen Fällen kaum praktisch umsetzbar, da die Kontrolle durch das Familiengericht davon abhinge, ob die Eltern auch für solche Maßnahmen in ihrem eigenen Haushalt tatsächlich das Familiengericht einschalten. Auch insoweit besteht jedoch keine Schutzlücke, da – falls erforderlich – über § 1666 BGB der Kindesschutz auch in diesem Fall gewährleistet werden kann. Wenn das Kind mit dem Vormund in einem Haushalt lebt, bieten die Bestimmungen der §§ 1837 und 1886 BGB in Verbindung mit § 1666 BGB einen ausreichenden Schutz.

Der Entwurf vermeidet begrifflich die Übernahme des in § 1906 Absatz 4 BGB benutzten Begriffs „Anstalt“, der nicht mehr zeitgemäß und negativ besetzt ist, ohne damit ein anderes Verständnis des räumlichen Anwendungsbereiches zu verbinden. Unter „einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung“ werden kinder- und jugendpsychiatrische Kliniken, Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Behindertenhilfe sowie weitere stationäre und ambulante Einrichtungen wie z. B. Kindergärten und Kindertagesstätten verstanden, in denen Kinder und Jugendliche über einen längeren Zeitraum oder kurzfristig wohnen oder fern von der ständigen Kontrollmöglichkeit der Eltern betreut werden. Nicht erfasst werden Transporte zu solchen Einrichtungen z. B. in einem Krankenwagen.

Es muss sich um eine Freiheitsentziehung durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise handeln. Auch insoweit verfolgt der Entwurf einen Gleichlauf mit dem Betreuungsrecht. Dies bedeutet, dass das Mittel der Freiheitsentziehung letztlich unerheblich ist; maßgeblich ist vielmehr, dass das Kind oder der Jugendliche dadurch am Verlassen seines Aufenthaltsortes gehindert werden soll (vergleiche Entwurf eines Betreuungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 148 f.).

Durch den Gesetzestext umfasst sind Maßnahmen, durch die die Freiheit entzogen werden soll. Das bedeutet, dass die Freiheitsentziehung Zweck der eingesetzten Mittel sein muss, die Maßnahme das Kind oder den Ju-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

gendlichen also gerade an der Fortbewegung hindern soll. Dient die konkrete Maßnahme dagegen ausschließlich anderen Zwecken wie etwa therapeutischen oder medizinischen Zwecken, z. B. die Fixierung eines mehrfachbehinderten Kindes im Rollstuhl der Aufrichtung des Körpers und der Atmungserleichterung oder die Verabreichung von Medikamenten, die als Nebenwirkung die Bewegungsfreiheit möglicherweise erheblich einschränken, zu Heilzwecken, unterliegt die Entscheidung der Eltern über ihren Einsatz nicht dem Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht.

Die Maßnahme, die die Einschränkung der Bewegungsfreiheit und der Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung des Kindes oder des Jugendlichen bewirken soll, muss auf einen längeren Zeitraum gerichtet sein oder die Freiheitsentziehung muss regelmäßig erfolgen. Auch insoweit kann die Begründung zum Betreuungsgesetz herangezogen werden (vergleiche Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 149). Dieses Erfordernis bietet die Gewähr dafür, dass nicht jede geringfügige, lediglich im Ausnahmefall anlassbezogen erfolgende kurze Beschränkung der Freiheit das Genehmigungserfordernis auslöst.

Adäquate und übliche Maßnahmen, die im Rahmen der Erziehung insbesondere gegenüber besonders der Aufsicht bedürfenden Kleinkindern zur Anwendung gelangen, sollen nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein (so bereits bisher die Auffassung der Bundesregierung für die freiheitsentziehende Unterbringung, vergleiche Antwort der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 9/1299, S. 11). Dementsprechend wird die freiheitsentziehende Maßnahme nur dann unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht gestellt, wenn dem Kind oder Jugendlichen in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll. Diese Beschränkung nimmt Maßnahmen wie Laufställe oder Hochstühle für Kleinkinder zum Beispiel in Kindertagesstätten vom Anwendungsbereich der Vorschrift aus, da eine staatliche Kontrolle für solche Fälle unverhältnismäßig wäre. Bereits der Entwurf der Bundesregierung zum Betreuungsgesetz hat darauf hingewiesen, dass es sich bei solchen Maßnahmen um übliche und sinnvolle Maßnahmen der Ausübung elterlicher Sorge handelt, die nicht einer Genehmigungspflicht unterworfen werden sollten (vergleiche Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 83). Pädagogischen Konzepten, die freiheitsentziehende Maßnahmen bei „erziehungsschwierigen“ Jugendlichen als angemessenes und altersgerechtes Erziehungsmittel und als Reaktion auf vermeintliches Fehlverhalten erachten, wird auf diese Weise eine Absage erteilt. Erziehungsschwierigkeiten allein rechtfertigen es nicht, eine Maßnahme als altersgerecht einzustufen, die unter Kindern und Jugendlichen derselben Altersgruppe sonst nicht mehr angemessen wäre.

Dadurch, dass das Kind sich in einer Einrichtung aufhalten muss und dass es sich um eine Freiheitsentziehung in nicht altersgerechter Weise handeln muss, werden durch den Entwurf die Bedenken ausgeräumt, die bei Erarbeitung des Betreuungsgesetzes einer Ausdehnung der Genehmigungspflicht für solche Maßnahmen auch auf Kinder und Jugendliche noch entgegenstanden (vergleiche Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 82 f.).

Der Genehmigungstatbestand gilt sowohl für Minderjährige, die bereits (mit Genehmigung des Gerichts gemäß § 1631b BGB) freiheitsentziehend untergebracht sind, als auch für solche, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind. Das Schutzbedürfnis ist dasselbe. Dies entspricht auch der Rechtslage im Betreuungsrecht, da § 1906 Absatz 4 BGB zwar ausdrücklich auf Betreute Bezug nimmt, die sich in Einrichtungen aufhalten, „ohne untergebracht zu sein“, der BGH in ständiger Rechtsprechung aber eine Genehmigungspflicht für beide Fälle annimmt (BGH FamRZ 2015, 1707, FamRZ 2012, 1866, FamRZ 2010, 1726 m. w. N.).

Über die §§ 1800, 1915 BGB gilt § 1631b BGB für den Vormund und den Pfleger entsprechend. Das Schutzbedürfnis des Kindes ist bei allen gesetzlichen Vertretern dasselbe.

Die Einführung einer Genehmigungspflicht bedarf im Hinblick auf den mit ihr verbundenen Eingriff in das elterliche Sorgerecht der Rechtfertigung (vergleiche OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1225 ff.) Zwar ist sie insoweit auch mit Blick auf Artikel 104 GG nicht schon verfassungsrechtlich zwingend geboten (vergleiche OLG Frankfurt, a.a.O. sowie oben A.I.). Eine Genehmigungspflicht auch für freiheitsentziehende Maßnahmen im Sinne dieses Gesetzes vermag aber jedenfalls einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung des Schutzes der Grundrechte der betroffenen Kinder zu leisten.

Der Gesetzgeber trägt damit einer mehrpoligen Grundrechtssituation Rechnung. Auf Seiten des Kindes sind zum einen die grundrechtlich geschützten Interessen berührt, die mit der freiheitsentziehenden Maßnahme gewahrt werden sollen (körperliche Unversehrtheit, ggf. sogar Leben, Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG). Zum anderen ist das Freiheitsgrundrecht des Kindes aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG betroffen. Anderseits greift der Genehmigungsvorbehalt in das Elterngrundrecht (Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG) ein.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG steht unter dem Vorbehalt, dass seine Ausübung dem Kindeswohl dient. Wird das Kindeswohl gefährdet, sind Eingriffe durch das Wächteramt des Staates nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG gerechtfertigt.

Das Erfordernis der richterlichen Genehmigung nach dem neuen § 1631b Absatz 2 BGB ist wie im geltenden § 1631b BGB auch eine angemessene Beschränkung des Elternrechts. In beiden Fällen wird der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes im Hinblick auf Freiheitsentziehungen Rechnung getragen. Die Genehmigung ist jeweils an das Kindeswohl geknüpft, d.h. nur wenn die Freiheitsentziehung nicht dem Kindeswohl entspricht, kann das Gericht eine Genehmigung ablehnen. In allen übrigen Fällen ist dem Elternwunsch zu entsprechen.

Der Entwurf schafft damit eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in das Elternrecht, der zur Gewährleistung des Schutzes minderjähriger Kinder geboten, erforderlich und angemessen und damit gerechtfertigt ist.

Artikel 6 GG wird dagegen nicht tangiert durch die Bindung von Maßnahmen des Vormunds oder Pflegers an die richterliche Kontrolle. Sie sind nämlich Vertrauenspersonen des fürsorgenden Staates und handeln nicht auf der Grundlage des Elternrechts, auch wenn ihre Befugnisse denen von Eltern weitgehend nachgebildet sind (vergleiche BVerfGE 10, 302 ff.).

§ 1631b BGB ordnet in Absatz 2 Satz 2 an, dass Absatz 1 Satz 2 und 3 entsprechend gilt. Genau wie eine freiheitsentziehende Unterbringung ist eine freiheitsentziehende Maßnahme mithin nur zulässig, solange sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann. Überdies ist die freiheitsentziehende Maßnahme ohne Genehmigung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. In diesem Fall ist die Genehmigung aber unverzüglich nachzuholen. Aus dieser Verweisung ergibt sich mithin der Maßstab für die Entscheidung des Gerichts über die Genehmigung. Eine von den Eltern gewünschte freiheitsentziehende Maßnahme, die nicht zum Wohl des Kindes erforderlich ist, darf das Gericht daher nicht genehmigen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Zu Nummer 1 (Änderung der Inhaltsübersicht)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Nummer 2 (Änderung des § 151 Nummer 6 FamFG)

Die in § 1631b BGB geregelte freiheitsentziehende Unterbringung Minderjähriger ist gemäß § 151 Nummer 6 FamFG eine Kindschaftssache. Die Einführung einer familiengerichtlichen Genehmigung von in § 1631b Absatz 2 des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB-E) genannten freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen erfordert, dass § 151 Nummer 6 FamFG sowohl die freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1631b Absatz 1 BGB-E als auch die freiheitsentziehende Maßnahme nach § 1631b Absatz 2 BGB-E erfasst, um den verfahrensrechtlichen Gleichlauf nach § 167 Absatz 1 FamFG herzustellen.

Zu Nummer 3 (Änderung des § 167 FamFG)

Nach § 167 Absatz 1 FamFG sind in den Verfahren zur Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 1 FamFG geltenden Vorschriften anzuwenden. Abweichend davon regelt § 167 FamFG bisher die Bestellung eines Verfahrensbeistands anstelle des Verfahrenspflegers, die Verfahrensfähigkeit des Minderjährigen, wenn er das 14. Lebensjahr vollendet hat, und Qualifikationsanforderungen an den Sachverständigen.

Die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme (bei Volljährigen) ist in § 312 Satz 1 Nummer 2 FamFG als Unterbringungssache geregelt. Diese Differenzierung zwischen freiheitsentziehenden Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen in § 312 Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 FamFG soll auch in § 167 Absatz 1 FamFG nachvollzogen werden.

Gemäß § 167 Absatz 1 Satz 2 FamFG tritt in diesen Kindschaftssachen an die Stelle des Verfahrenspflegers nach § 317 FamFG der Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG. Der Verfahrensbeistand ist zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes erforderlich ist. Die Bestellung ist im Regelfall des § 158 Absatz 2 Nummer 1 FamFG dann erforderlich, wenn das Interesse des Minderjährigen zu dem seiner gesetzli-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

chen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. Daher soll in den Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung oder freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Minderjährigen die Bestellung eines Verfahrensbeistandes zukünftig obligatorisch sein, um auch seine Interessenvertretung in diesen besonders grundrechtsrelevanten Bereichen besser sicherzustellen als bisher.

In Absatz 6 wird entsprechend § 321 Absatz 2 FamFG ergänzt, dass zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Minderjährigen anstelle des Sachverständigengutachtens ein ärztliches Zeugnis genügt. Das ärztliche Zeugnis soll von einem Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie erteilt werden. Der Arzt muss den Minderjährigen vor der Erstattung des Gutachtens ärztlichem Standard entsprechend persönlich untersuchen oder befragen; ein Zeugnis nach Aktenlage genügt nicht.

Mit dem angefügten Absatz 7 wird abweichend von § 329 Absatz 1 Satz 1 FamFG die Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung und von freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen einheitlich auf sechs Monate bestimmt und die Möglichkeit der Verlängerung dieser Frist vorgesehen. Bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit kann eine Höchstdauer bis zu einem Jahr bestimmt werden. Dies soll nur in Ausnahmefällen möglich sein, wenn ein offensichtliches Bedürfnis für eine Unterbringung bzw. freiheitsentziehende Maßnahme über sechs Monate hinaus besteht. Ein Ausnahmefall kann beispielsweise vorliegen, wenn es erforderlich ist, ein dauerhaft körperlich schwerstbehindertes Kind vor einer Selbstgefährdung durch Stürze aus einem Rollstuhl oder Bett zu sichern. Die Abweichung von der regelmäßigen Höchstdauer ist zu begründen (§ 38 Absatz 3 FamFG). Für das Verlängerungsverfahren gilt § 329 Absatz 2 FamFG. Mit der Neubestimmung der Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung und der freiheitsentziehenden Maßnahme kann der Dynamik der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen besser Rechnung getragen werden. Dies ist auch aufgrund erheblicher Unterschiede zu oft altersbedingten und nicht heilbaren Erkrankungen bei Erwachsenen (Beispiel Demenz) geboten. Insbesondere soll die Dauer von Freiheitsentziehungen in Jugendhilfeeinrichtungen, die häufig mit einer räumlichen Entfernung zu Bezugspersonen und eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten einhergehen, vom Gericht in kürzeren Zeitabständen überprüft werden.

Zu Artikel 3 (Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen)

Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die in Verfahren über die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen geltenden gerichtskostenrechtlichen Vorschriften auf Verfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Absatz 2 BGB-E erstreckt werden.

Zu Artikel 4 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes)

Auch für den Bereich der Rechtsanwaltsvergütung wird vorgeschlagen, die in Verfahren über die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen geltenden Vorschriften auf Verfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Absatz 2 BGB-E zu erstrecken.

Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes. Das um drei Monate hinausgeschobene Inkrafttreten des Gesetzes stellt sicher, dass sich alle Einrichtungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen anwenden, auf die neue Rechtslage einstellen und die gesetzlichen Vertreter auf die Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigungspflicht hinweisen können.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 2

Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Abs. 1 NKRG

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern (NKR Nr. 3843 - BMJV)

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Entwurf des oben genannten Regelungsvorhabens geprüft.

I. Zusammenfassung

Bürgerinnen und Bürger	keine zusätzlichen Auswirkungen
Wirtschaft	keine zusätzlichen Auswirkungen
Verwaltung	keine zusätzlichen Auswirkungen
Weitere Kosten	Der Regelungsentwurf stellt die Verfahrenskosten- und auslagen der Familiengerichtsbarkeit nicht dar.
Evaluierung	Eine Evaluierung ist gegenwärtig nicht vorgesehen. Auf Anregung des NKR soll jedoch den Ländern die Einrichtung einer Statistik vorgeschlagen werden, auf deren Grundlage dass BMJV die Evaluierungsentscheidung später neu treffen kann.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat die Verfahrenskosten und –auslagen der Familiengerichtsbarkeit nicht dargestellt, obwohl nach der ressortverbindlichen Methodik zumindest eine Schätzung erforderlich gewesen wäre. In dieser Hinsicht entspricht der Entwurf nicht den Anforderungen der GGO für eine Gesetzesvorlage an die Bundesregierung.

II. Im Einzelnen

Das Elternrecht der Personensorge schließt die Befugnis ein, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Dabei bedarf eine Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, der Genehmigung durch das Familiengericht (§ 1631b BGB). Von dem gesetzlichen Genehmigungserfordernis bisher nicht erfasst sind freiheitsbeschränkende Maßnahmen **innerhalb** offener und

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

geschlossener Unterbringungseinrichtungen (z.B. Krankenhaus, Heim, Anstalt, Kita). Im Anschluss an höchstrichterliche Rechtsprechung zur Fixierung eines autistischen Kindes will das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) deshalb den § 1631b BGB und das zugehörige Verfahrensrecht ergänzen, da die Rechtslage vor dem Hintergrund der Grundrechtsrelevanz vielfach in der Fachliteratur und von kinder- und jugendpsychiatrischen Verbänden kritisiert worden ist.

Zukünftig soll die Freiheitsbeschränkung des Kindes innerhalb einer Einrichtung

- genehmigungspflichtig sein, sofern sie durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise erfolgt,
- nicht länger als sechs Monate andauern dürfen, jedoch verlängert werden können,
- das Gutachten eines Facharztes erfordern,
- die Bestellung eines Verfahrensbeistandes voraussetzen, wobei der Beistand zukünftig auch schon für die Genehmigung der Unterbringung selbst bestellt werden muss.

II.1 Erfüllungsaufwand/Weitere Kosten

Bürgerinnen und Bürger

Für die Eltern des betroffenen Kindes entsteht aus der neuen Regelung kein über die Personensorge/Unterhaltspflicht hinausgehender **Erfüllungsaufwand**. Die Kosten für den künftig erforderlichen Verfahrensbeistand werden nach Angabe des Ressorts im Regelfall aus öffentlichen Mitteln bestritten.

Wirtschaft und Verwaltung

Für Wirtschaft und Verwaltung ist das Regelungsvorhaben ebenfalls nicht mit zusätzlichem **Erfüllungsaufwand** verbunden.

Weitere Kosten

Das BMJV geht davon aus, dass die neue Regelung zu zusätzlichen Verfahren bei den Familiengerichten, den Oberlandesgerichten und ggf. auch beim Bundesgerichtshof führen wird. Die Kosten und –auslagen der Gerichte müssen als **Weitere Kosten** ermittelt und dargestellt werden. Wenn bessere Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung stehen, ist mindestens eine **Aufwandsschätzung** vorzunehmen. Der NKR hat das Ressort auf die Möglichkeit hingewiesen, für

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

die Schätzung an die familiengerichtliche Statistik über Unterbringungsverfahren anzuknüpfen. Denn die freiheitsentziehenden Maßnahmen innerhalb einer Unterbringung sind eine **Teilmenge** der vorangegangenen Unterbringungsverfahren. Das BMJV hat den methodischen Hinweis mit der Begründung nicht aufgenommen, die familiengerichtliche Statistik weise das Ergebnis der Verfahren nicht aus; auch erfasse der Entwurf zugleich sog. offene Einrichtungen. Für die dem Ressort obliegende Aufwandschätzung kommt es jedoch nicht auf das Ergebnis, sondern darauf an, in wie vielen Fällen das neue Verfahren eingeleitet und durchgeführt wird. Denn die Kosten entstehen mit dem Tätigwerden des Richters, des Beistands und des Gutachters; das Verfahrensergebnis ist hierfür irrelevant.

II.2 Evaluierung

Obwohl sich mit dem neuen Verfahren ausdrücklich die Erwartung zukünftig „restriktiverer Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen“ verbindet, will das BMJV zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Evaluierung nicht vorsehen. Auf Anregung des NKR soll jedoch den Ländern die Einrichtung einer Statistik vorgeschlagen werden, auf deren Grundlage das Ressort die Evaluierungsentscheidung später neu treffen kann.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat die Verfahrenskosten und –auslagen der Familiengerichtsbarkeit nicht dargestellt, obwohl nach der ressortverbindlichen Methodik zumindest eine Schätzung erforderlich gewesen wäre. In dieser Hinsicht entspricht der Entwurf nicht den Anforderungen der GGO für eine Gesetzesvorlage an die Bundesregierung.

Dr. Ludewig
Vorsitzender

Dr. Holtschneider
Berichterstatter

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 3

Stellungnahme der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu der Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates wie folgt Stellung:

Der Nationale Normenkontrollrat hat in seiner Stellungnahme zu dem oben genannten Gesetzentwurf Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen erhoben. Er ist der Ansicht, der Gesetzentwurf entspreche nicht den Anforderungen der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) für eine Gesetzesvorlage der Bundesregierung. Hinsichtlich der als „Weitere Kosten“ darzustellenden Kosten und Auslagen der Familiengerichte sei, sofern bessere Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung stünden, mindestens eine Aufwandschätzung vorzunehmen. Denn die freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Kindern innerhalb einer Unterbringung seien eine Teilmenge der vorangegangenen kindschaftsrechtlichen Unterbringungsverfahren. Da es darauf ankomme, in wie vielen Fällen das neue Verfahren eingeleitet und durchgeführt werde, sei es irrelevant, dass die familiengerichtliche Statistik das Ergebnis der Verfahren nicht ausweise.

Nach Auffassung der Bundesregierung entspricht der Gesetzentwurf vollumfänglich den Anforderungen der GGO, insbesondere auch hinsichtlich der Darstellung der Gesetzesfolgen nach § 44 GGO. Die Bundesregierung hat ausführlich im Gesetzentwurf dargelegt, dass eine Schätzung der zu erwartenden Verfahrenszahlen bei den Gerichten nicht möglich ist. Da es bisher keine Statistik gibt, die ausweist, wie häufig Eltern Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen bei ihren Kindern treffen, ist der künftig zu erwartende personelle und finanzielle Mehraufwand nicht bezifferbar und auch nicht zuverlässig schätzbar. Weder die Kinder- und Jugendhilfestatistik noch die im Rahmen der Justizstatistik zusammengetragenen Daten über Verfahren vor den Familiengerichten bieten für eine Schätzung heranziehbare Tatsachengrundlagen. Zwar ist das Ergebnis der Verfahren irrelevant. Wie in der Begründung zum Gesetzentwurf ausführlich dargelegt ist, gibt es jedoch auch keine validen Anhaltspunkte für die Anzahl der Verfahren, die in Zukunft eingeleitet werden. Weder gibt es Erkenntnisse darüber, in welchem Teil der Fälle freiheitsentziehender Unterbringung künftig auch eine Genehmigung für freiheitsentziehende Maßnahmen eingeholt werden wird. Noch gibt es eine Grundlage für eine Schätzung der zu erwartenden Verfahren außerhalb geschlossener Unterbringung (z. B. in Behinderteneinrichtungen, Krankenhäusern usw.), die nicht Teilmenge vorangegangener Unterbringungsverfahren sind. Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, von denen ausschließlich Erwachsene betroffen sind, und bei denen bereits wegen der Größe der Vergleichsgruppe erheblich höhere Verfahrenszahlen im Raum stehen, bieten ebenfalls keinen geeigneten Maßstab für eine Schätzung.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Die Bundesregierung ist daher der Auffassung, dass auf dieser Grundlage die weiteren Kosten bei den Familiengerichten nicht geschätzt werden können.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 4

Stellungnahme
des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

Der Bundesrat hat in seiner 953. Sitzung am 10. Februar 2017 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Gesetzentwurf insgesamt

a) Der Bundesrat begrüßt die Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes auch für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern. Sowohl die Genehmigungserfordernis einzelner freiheitsentziehender Maßnahmen als auch die Verkürzung der Höchstdauer freiheitsentziehender Unterbringung wird als ein wichtiger Schritt begrüßt.

b) Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird allerdings der Widerspruch zwischen dem Grundrecht der Eltern auf Erziehung - hier insbesondere in Bezug auf die bisherige alleinige Entscheidung von Eltern bezüglich der Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen bei ihren Kindern auf der einen und den universellen Rechten von Kindern auf der anderen Seite - nicht aufgelöst.

c) Der Bundesrat betont, dass vorsorgende, unterstützende Maßnahmen im Bereich der Jugendhilfe so ausgestaltet werden müssen, dass die entsprechenden Unterstützungs- und Hilfeangebote frühzeitig wirksam werden können. Alle Maßnahmen müssen das Kindeswohl befördern. Dafür bedarf es einer multiprofessionellen Zusammenarbeit von Jugendhilfe, Bildungseinrichtungen, Gesundheitswesen, Justiz und Polizei, um die entsprechenden Angebote für Kinder und Jugendliche mit besonderem und hohem Hilfe- und Unterstützungsbedarf vorhalten und reali-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

sieren zu können.

d) Der Bundesrat bekräftigt seinen Beschluss, in dem er die Bundesregierung auffordert, einen Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes vorzulegen, "in dem Grundrechte der Kinder, insbesondere deren besonderer Schutz durch Staat und Gesellschaft vor Gewalt, Vernachlässigung und Ausbeutung, sowie das Recht der Kinder auf altersgemäße Anhörung in allen sie betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren ausdrücklich normiert werden. Auch weiterhin ist im Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwieweit weitergehende soziale Rechte der Kinder wie das Recht auf Fürsorge, das Recht auf Bildung und bestmögliche Förderung zur Erreichung von Chancengleichheit und das Recht auf Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit normiert werden können.", vgl. BR-Drucksache 386/11 (Beschluss).

Begründung:

Die Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen bei Kindern wird insbesondere im Jungendhilfekontext kontrovers diskutiert. Im Fokus dieser Debatten steht vorrangig die Verletzung der Grundrechte von Kindern vor dem Hintergrund einer neuen Bewertung im Rahmen des Kinderschutzes. Der alleinige Fokus auf die familiengerichtliche Genehmigungserfordernis wird der Notwendigkeit nicht gerecht. So sind zum einen die entsprechenden Fachbereiche personell so auszustatten, dass aus gegebenenfalls medizinisch notwendigen Freiheitsbeschränkungen kein Freiheitsentzug entsteht. Zum anderen müssen die vorgelagerten Unterstützungs- und Hilfesysteme der Jugendhilfe in einem Maß ausgestattet sein, dass sie in adäquater, altersgerechter und kindesschutzorientierter Form zu Interventionen bei Kindern und Jugendlichen mit hoher Konfliktgefährdung befähigt sind. Die Festlegung der Fristen bezüglich der freiheitsentziehenden Unterbringung lässt außer Acht, dass es insbesondere zu freiheitsentziehender Unterbringung alternative Möglichkeiten innerhalb des bestehenden Jungendhilferechtes gibt. Darüber hinaus fehlt dem Gesetzentwurf die kinderrechtliche Betrachtung.

2. Zu Artikel 2 Nummer 2 (§ 151 Nummer 7 FamFG)

Artikel 2 Nummer 2 ist wie folgt zu fassen:

'2. § 151 Nummer 6 und 7 werden wie folgt gefasst:

"6. <… wie Vorlage …>

7. die Anordnung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

oder die Anordnung oder Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme oder einer freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker oder" '

Begründung:

Mit der bisherigen Regelung des § 151 Nummer 7 FamFG weist der Bundesgesetzgeber die Verfahren auf Anordnung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker den Familiengericht und damit dem FamFG als Verfahrensordnung zu (§ 40 Absatz 1 Satz 1 2. Halbsatz VwGO). Für die dort nicht genannten gerichtlichen Verfahren nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker fehlt eine entsprechende Regelung. Die demzufolge allein verbleibende Möglichkeit, die Verfahren über § 40 Absatz 1 Satz 2 VwGO einem anderen Rechtsweg als dem Verwaltungsrechtsweg zuzuweisen, ist jedoch beispielsweise zumindest in Nordrhein-Westfalen von Verfassungs wegen verschlossen. Für diese Verfahren wäre daher zwingend und ausschließlich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Dies erscheint nicht sachgerecht, weil es ansonsten im Rahmen eines Unterbringungsverfahrens je nach vorzunehmender Maßnahme (Anordnung der Unterbringung beziehungsweise Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme) zu einer Befassung unterschiedlicher Gerichtszweige kommen würde.

Um eine bundesweite einheitliche verfahrensrechtliche Behandlung freiheitsentziehender Maßnahmen bei Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker zu ermöglichen, ist die Erweiterung des § 151 Nummer 7 FamFG erforderlich. Mit der Ergänzung der Regelung in § 151 Nummer 7 FamFG um die Anordnung einer ärztlichen Maßnahme eines Minderjährigen und freiheitsentziehender Maßnahmen bei Minderjährigen sollen auch diese Verfahren den Familiengerichten durch Bundesgesetz zugewiesen werden.

3. Zu Artikel 2 Nummer 3 Buchstabe b (§ 167 Absatz 1 Satz 3 FamFG)

In Artikel 2 Nummer 3 Buchstabe b ist § 167 Absatz 1 Satz 3 zu streichen.

Begründung:

Anders als bisher vorgesehen, bedarf es keiner obligatorischen Bestellung eines Verfahrensbeistandes. Die Regelung des § 158 Absatz 1 FamFG, wonach das Gericht einem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen hat, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist, hat sich auf dem Gebiet der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger bislang bewährt und ist auch für den neugeregelten Genehmigungstatbestand ausreichend.

Die Argumentation in der Begründung des Gesetzentwurfs für eine obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistandes greift nicht durch. Der Verweis auf die Regelung

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

des § 158 Absatz 2 Nummer 1 FamFG, nach welcher die Bestellung eines Verfahrensbeistandes erforderlich ist, wenn das Interesse des Minderjährigen zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht, setzt sich in Widerspruch zu den Ausführungen an anderer Stelle der Begründung des Gesetzentwurfs, nach welchen ein familiengerichtliches Genehmigungsbedürfnis nicht bestehe, wenn sich das Kind im elterlichen Haushalt aufhalte. Dort hätten die Eltern selbst die Kontrollmöglichkeit, anders als wenn sich das Kind in einer Einrichtung befände und die Eltern die Kontrollmöglichkeit abgeben müssten. Die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes wird nicht damit begründet, dass das Kind vor erheblichen gegensätzlichen Interessen seiner gesetzlichen Vertreter geschützt werden müsse und daher seine Interessensvertretung sicherzustellen sei. Vielmehr wird mit der Entlastung der Eltern in einer bei der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen sich ergebenen besonderen Belastungssituation durch eine unabhängige Instanz argumentiert.

Für die These in der Begründung des Gesetzentwurfs, dass die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistandes die Interessenvertretung des Minderjährigen in diesen besonders grundrechtsrelevanten Bereichen besser sicherstelle als bisher, liegen keine belastbaren Belege vor. Insbesondere bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die fakultative Bestellung von Verfahrensbeiständen zu Problemen oder einem unzureichenden Grundrechtsschutz geführt hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die gerichtliche Praxis auch zukünftig verantwortungsvoll ihr eingeräumtes Ermessen ausüben wird. Den Familiengerichten bleibt damit in zu begründenden Einzelfällen eine flexiblere Handhabung erhalten, so dass bei insgesamt gesicherten Erkenntnissen von der Bestellung eines Verfahrensbeistands abgesehen werden kann.

Schließlich besteht auch im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel der Gleichbehandlung von Kindern und Erwachsenen keine Veranlassung für die beabsichtigte Neuregelung. Auch bei Erwachsenen ist keine obligatorische Bestellung eines Verfahrenspflegers normiert, vgl. § 317 Absatz 1 FamFG.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 5

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

Zu Nummer 1 (Zum Gesetzentwurf insgesamt)

Die Anregung weist auf die Notwendigkeit effektiver Unterstützungs- und Hilfsangebote der Jugendämter sowie multiprofessioneller Zusammenarbeit hin und fordert die Bundesregierung auf, Kinderrechte im Grundgesetz zu verankern.

Die Bundesregierung stimmt mit dem Bundesrat in der Einschätzung überein, dass frühzeitigen, effektiven und interdisziplinär aufgestellten Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe eine hohe Bedeutung zukommt. Dies gilt gerade für Kinder und Jugendliche mit besonderem und hohem Hilfe- und Unterstützungsbedarf. Insoweit bilden die mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung verbundenen kinderschutzrechtlichen Maßnahmen eine Ergänzung der Aufgaben und Angebote der Kinder- und Jugendhilfe, die den Gesetzentwurf aber nicht obsolet machen.

Die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz steht mit dem vorgelegten Gesetz-entwurf in keinem notwendigen Zusammenhang. Unbeschadet dessen haben die Justizministerinnen und Justizminister der Länder sich auf ihrer Herbstkonferenz 2016 dafür ausgesprochen, dass eine von der Jugend- und Familienministerkonferenz initiierte Arbeitsgruppe unter Einbeziehung der Justizressorts alsbald ihre Prüfung zum Thema Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz beginnen und noch im Jahre 2017 eine Empfehlung für die Fachministerkonferenzen formulieren soll.

Zu Nummer 2 (Artikel 2 Nummer 2– § 151 Nummer 7 FamFG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die Anregung, auch Verfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen und ärztliche Zwangsmaßnahmen bei Kindern nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker als Kindschaftssachen zu definieren und damit in den Anwendungsbereich des Gesetzes über

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) einzubeziehen, ist abzulehnen.

Die landesrechtlichen Regelungen über die Unterbringung psychisch Kranker, die sich zum Teil in Überarbeitung befinden, sind in ihrer Ausgestaltung zu unterschiedlich und sollen daher für die Fälle minderjähriger Betroffener durch Bundesgesetz verfahrensrechtlich nicht neu zugeordnet werden.

Zu Nummer 3 (Artikel 2 Nummer 3 Buchstabe b – § 167 Absatz 1 Satz 3 FamFG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Der Vorschlag zielt darauf ab, die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistandes aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu streichen.

Ein Verfahrensbeistand soll in allen Verfahren über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen aus den übergeordneten Gründen des Kindesschutzes zwingend bestellt werden. Dies soll über den bereits in § 158 Absatz 2 Nummer 1 FamFG vorgesehenen Regelfall hinaus gelten, wonach ein Verfahrensbeistand zu bestellen ist, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. In den hier in Rede stehenden Verfahren sind die Belastungen für die betroffenen Kinder und Jugendlichen so hoch, dass es einer Interessenvertretung für sie durch einen geeigneten Verfahrensbeistand zwingend bedarf. Im Gegensatz zum Gericht ist es gerade nicht Aufgabe des Verfahrensbeistands, den Sachverhalt aufzuklären, sondern als Ansprechpartner für den Minderjährigen diesem zur Seite zu stehen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Minderjährige mit der zu genehmigenden Maßnahme einverstanden ist oder nicht und damit auch unabhängig davon, ob im Einzelfall ein konkreter Interessenkonflikt zu den Eltern besteht.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.